

ANTITRUST PRIVATE ENFORCEMENT EM PLATAFORMAS DE DOIS LADOS: UM ESTUDO COMPARADO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL E DA ALOCAÇÃO DOS DANOS DECORRENTES DE PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS

***Lílian M. Cintra de Melo,
Adriano Camargo Gomes***

Resumo: O artigo analisa o tratamento conferido ao comprador indireto (*indirect purchase rule*) nas ações de reparação de danos concorrencial no Brasil, tendo como referência as principais questões apresentadas no direito norte-americano a respeito do tema. A análise permite demonstrar que (i) a doutrina do comprador indireto possui um caráter híbrido, contemplando elementos processuais e materiais que precisam ser compreendidos para a sua correta aplicação; e (ii) a combinação desses aspectos, somada aos desafios dos avanços tecnológicos, repercute decisivamente na função das ações de reparação de danos concorrenciais. Por meio do método comparativo e analítico, o artigo aborda a legitimidade processual e o direito à reparação de danos concorrenciais nos Estados Unidos e no Brasil, destacando a importância da finalidade da ação de reparação, e apresentando reflexões e propostas.

Palavras-chave: Direito da concorrência - Tutela Reparatória - Ação de Reparação de Danos Concorrenciais - Pass-on

1. Introdução

O art. 47 da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) prevê a tutela reparatória de danos causados por condutas anticompetitivas e se refere ao exercício desse direito pelos “prejudicados”, por si ou por meio de legitimados coletivos. A questão que se coloca, então, é saber qual é o dano causado e quem são esses prejudicados. Afinal, diferentes tipos de

infração à ordem econômica podem causar danos a diferentes conjuntos de vítimas.¹

Nesse sentido, como os prejuízos causados por condutas anticompetitivas costumam se disseminar ao longo da cadeia produtiva do produto ou serviço afetado,² a mensuração do dano considera três fatores: perdas de volume de vendas (*output effect*); sobrepreço ou aumento de custo (*overcharge*), e repasse do sobrepreço ao longo da cadeia produtiva (*pass-on effect*). Esse artigo se dedica à análise do último deles.

O *pass-on effect* decorre do fato de que um produtor que adquiriu determinado insumo a preços anticompetitivos tenderá, na medida do possível, a repassar o sobrepreço decorrente da infração concorrencial aos consumidores de seus produtos e assim por diante até chegar ao consumidor final.³ O repasse apenas não é possível quando a infração é praticada em mercados nos quais o comprador dos produtos ou serviços afetados pela ilicitude é o próprio consumidor final.⁴

A partir do reconhecimento do *pass-on effect*, a doutrina costuma distinguir os prejudicados por condutas anticompetitivas em compradores diretos (que sofreram danos em razão de relação jurídica direta com o infrator) e compradores indiretos (que são prejudicados principalmente por meio do repasse do sobrepreço na cadeia produtiva).

Na experiência estrangeira, há sistemas jurídicos que não reconhecem o direito dos compradores indiretos à reparação de danos concorrenciais e que, conseqüentemente, não reconhecem sua legitimidade para propor ações reparatórias. Nos Estados Unidos, por exemplo, até maio de 2019, as cortes federais consideravam que os compradores indiretos não

¹ KESKE, Sonja E. Group Litigation in European Competition Law - A Law and Economics Perspective. 2009. 340 p. Tese (Doutorado), Erasmus Universiteit Rotterdam, Tübingen, 2009, p. 56. Tradução livre de: “*different types of competition law infringements can harm different sets of victims*”.

² CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil por danos decorrentes da prática de cartel. São Paulo: Singular, 2016, p. 86.

³ *Idem ibidem*, p. 86.

⁴ Como explica Simon Vande Walle: “*Antitrust violations often affect not only those who directly purchase a product or service at a supra-competitive price but also a multitude of individuals and companies downstream: distributors, retailers and ultimately consumers. These downstream purchasers who do not buy directly from the infringer – indirect purchasers – often suffer scattered and low-value damage*” In WALLE, Simon Vande. Private Antitrust Litigation in European Union and in Japan: a comparative perspective. Antwerpen, Apeldoorn: Maklu, 2013, p. 255.

tenham legitimidade para demandar em juízo a reparação dos danos em decorrência de práticas anticompetitivas.⁵ No direito europeu, ao contrário, os compradores indiretos têm legitimidade e, ainda, permite-se se que os infratores aleguem o repasse do sobrepreço aos consumidores indiretos como forma de defesa perante os consumidores diretos, reduzindo o valor da indenização devida a estes.⁶ O modelo europeu de *passing-on*, ao contrário do norte-americano, privilegia uma função compensatória frente à preventiva e à repressiva das ações de reparação.

O tema recentemente teve avanços tanto na experiência estrangeira quanto no direito nacional. Nos Estados Unidos, em maio de 2019, foi julgado o caso *Apple v. Pepper* que reconheceu que os usuários finais são compradores diretos e, conseqüentemente, partes legítimas para ajuizar ação de reparação de dano concorrencial.⁷ Na Europa, em julho de 2019, a Comissão Europeia publicou orientações destinadas aos tribunais dos Estados Membros sobre a forma de calcular a parte do sobrepreço repassada aos compradores indiretos (*Passing-on Guidelines*).⁸

No Brasil, a previsão legal para a reparação civil de danos concorrenciais existe desde 1994 (art. 29 da Lei nº 8.884/1994), no entanto, a cultura do *private enforcement* ainda é muito incipiente. Quanto ao tema do comprador indireto, ainda que não exista disciplina legislativa específica a respeito no direito brasileiro, a jurisprudência e a doutrina tem fornecido consistentes indícios de que o comprador indireto possui legitimidade para

⁵ Nos Estados Unidos havia um sistema bifurcado no qual as cortes federais e estaduais aplicavam entendimentos distintos sobre a legitimidade do comprador indireto. Até maio de 2019, as cortes federais não consideravam comprador direito com parte legítima, enquanto as cortes estaduais o faziam, com base no precedente *California v. ARC*. Vide ESTADOS UNIDOS. *California v. ARC Amer. Corp.*, 490 U.A. 93, 1989 (ARC).

⁶ WALLE, Simon Vande. *Private Antitrust Litigation in European Union and in Japan: a comparative perspective*. Antwerpen, Apeldoorn: Maklu, 2013, p. 256.

⁷ ESTADOS UNIDOS. *Apple Inc. v. Pepper*, No. 17-204, U.S. 13.05.2019 (*Pepper*). Em maio de 2019, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por maioria (5-4), o caso *Pepper* no sentido de que os consumidores que supostamente pagaram um sobrepreço na compra de apps na App Store podem processar a Apple porque são seus compradores diretos (*direct purchasers*).

⁸ European Union. *Commission's Passing-on Guidelines and Practical Guide*. Disponível em:

https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html.

Acesso em 20 set. 2019.

pedir em juízo a reparação de danos concorrenciais. Em 2018, o Guia Prático SEPRAC para cálculo de danos em cartel apresentou técnicas quantitativas para a mensuração de sobrepreço e repasse (*pass-on*) com o objetivo de equilibrar a atuação compensatória e dissuasiva das multas. Além disso, atualmente está em tramitação o Projeto de Lei nº 11.275/2018 (PLS 283/2016), o qual ainda que não discipline o tema detalhadamente, possui uma regra que trata incidentalmente da questão.⁹ Apesar desses avanços e da relevância do tema para a reparação de danos, a legitimidade e o direito à reparação do comprador indireto ainda permanecem em zonas cinzentas no direito brasileiro.

Diante do exposto, este artigo analisa o tratamento conferido ao comprador indireto (*indirect purchase rule*) nas ações de reparação de danos concorrencial no Brasil, tendo como referência as principais questões apresentadas no direito norte-americano a respeito do tema. A análise permite demonstrar que (i) a teoria do comprador indireto possui um caráter híbrido, contemplando elementos processuais e materiais que precisam ser compreendidos para a sua correta aplicação; e (ii) a combinação desses aspectos repercute decisivamente na função das ações de reparação de danos concorrenciais. Os desafios dos avanços tecnológicos (*i.e.* a definição de mercado relevante em plataformas digitais) ampliam a complexidade da análise, mas reforçam a importância do reconhecimento do caráter híbrido da regra do comprador indireto e a necessidade de que ela seja interpretada de maneira funcional.

Por meio do método comparativo e analítico, o artigo aborda a legitimidade *ad causam* e o direito à reparação de danos concorrenciais nos Estados Unidos e no Brasil. No item 2, analisa-se a evolução da legitimidade e do direito à reparação de danos concorrenciais luz dos casos *Ohio v. American Express* e *Apple v. Pepper*. Na sequência, no item 3, considera-se a tutela reparatória dos danos concorrenciais no Brasil e, no item 4, a finalidade da ação de reparação de danos anticoncorrenciais. Por fim, conclui-se, apresentando reflexões e propostas.

2. Evolução da legitimidade *ad causam* e do direito à reparação de danos concorrenciais à luz dos casos *Ohio v. American Express* e *Apple*

⁹ O Projeto de Lei nº 11.275/2018 foi distribuído para CDEICS e CCJC, onde tramita com prioridade.

v. Pepper

Uma das principais normas de direito antitruste norte-americana, o *Clayton Antitrust Act* de 1914, estabelece em seu §15 que qualquer pessoa que seja prejudicada em seus negócios ou propriedade por uma prática anticompetitiva tem legitimidade para demandar uma reparação.¹⁰ No entanto, como essa regra foi interpretada de maneira muito restritiva pela jurisprudência, a compreensão do tratamento conferido ao comprador indireto demanda uma análise cuidadosa dos principais precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos.

A doutrina do comprador indireto (*indirect purchaser doctrine*) tem sua origem na decisão *Illinois Brick*, um caso que considera se a reparação de danos é possível por parte de quem não é o comprador direto do vendedor que supostamente agiu de maneira anticompetitiva.¹¹ Nesse caso, os autores pleiteavam indenização em decorrência do repasse de sobrepreço (*offensive pass-on*) – que é a parcela do preço que o comprador direto não absorveu, mas repassou para o próximo nível da cadeia produtiva. Ao analisar o tema, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que apenas o comprador direto poderia recuperar o sobrepreço, independentemente do percentual que foi repassado. Assim, mesmo que o comprador direto tivesse repassado 90% do dano sofrido para o comprador indireto, absorvendo apenas 10% do sobrepreço, faria jus a uma indenização correspondente a 100% do sobrepreço.

O principal precedente que fundamenta a decisão *Illinois Brick* é *Hanover Shoe*, no qual a Suprema Corte proibiu que os réus utilizassem o argumento defensivo do repasse (*defensive pass-on*),¹² ou seja, não aceitou a

¹⁰ 15 U.S.C. §15 “any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee....”.

¹¹ ESTADOS UNIDOS. *Illinois Brick Co. v. Illinois* 431 U.S. 720, 1977 (*Illinois Brick*).

¹² ESTADOS UNIDOS. *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481, 1968 (*Hanover Shoe*).

alegação de que os autores, compradores diretos, não teriam sofrido danos porque teriam repassado o aumento de preço para seus consumidores. Nesse sentido, apenas o primeiro agente econômico na cadeia de distribuição que comprou um produto com sobrepreço (o comprador direto) teria direito à reparação.¹³ Consequentemente, apenas ele teria legitimidade de agir. O principal objetivo do *Illinois Brick* é, portanto, garantir que nenhuma das reparações será duplicada ou demandará um cálculo exageradamente complexo para a compensação de danos.¹⁴

A decisão da Corte de Apelação do Oitavo Circuito em *Campos v. Ticketmaster* reiterou a necessidade de definição de um mercado relevante para a aplicação da teoria do comprador indireto.¹⁵ Nesse caso, decidiu-se que os promotores de eventos eram os compradores diretos do serviço de distribuição de bilhetes da Ticketmaster, e os consumidores finais dos bilhetes eram compradores indiretos. Essa decisão produz um resultado perverso: os promotores de eventos, que são capazes de repassar o sobrepreço, são tratados como compradores diretos e têm legitimidade para demandar reparação de danos, enquanto aqueles que comprem os bilhetes, por serem os últimos na cadeia de distribuição, são considerados

¹³ Vide SANDROCK, Ryan M. *Apple v. Pepper and the Future of the Direct Purchaser Enforcement Regime*. *Antitrust*, Vol. 33. No. 2, Spring 2019. Disponível em: <https://www.sidley.com/-/media/publications/spring19sandrockc.pdf>.

¹⁴ Em *Hanover Shoe* há a proibição do repasse em sede de defesa (*defensive pass-on* ou *passing-on defense*) – se um comprador processar um vendedor por uma infração anticoncorrencial, o vendedor não pode argumentar que o comprador direto não sofreu danos porque este último repassou qualquer sobrepreço para o comprador indireto. Por sua vez, *Illinois Brick* proíbe o repasse em sede de acusação (*offensive pass-on*) – se um infrator vende a um comprador direto que vende a um segundo comprador indireto, este último não pode pedir a reparação de danos do infrator. Em ambos os casos, a doutrina do comprador indireto endereça a questão da legitimidade e do direito à reparação de danos concorrenciais por meio da análise do mercado relevante (*i.e.* cadeia produtiva).

¹⁵ ESTADOS UNIDOS. *Campos v. Ticketmaster Corp.*, 140 F. 3d 1166, 8th Circ. 1998. Nesse caso, o mercado relevante foi definido como o mercado de serviços de distribuição de bilhetes. Apesar de a Ticketmaster não ter sido tratada à época como uma plataforma (mercado de dois lados), foi considerada fora da cadeia de distribuição linear tradicional. Esse caso se aproxima bastante do caso *Apple v. Pepper*, uma vez que a Ticketmaster foi acusada de monopolizar a venda de bilhetes para eventos. Neste caso, os compradores dos bilhetes, que compraram diretamente da Ticketmaster, pagando taxas de processamento e conveniência supostamente altas foram considerados compradores indiretos.

consumidores finais e não têm legitimidade – apesar de, provavelmente, absorverem a maior parte do sobrepreço.

A jurisprudência a respeito do tema sofreu duas importantes alterações recentemente com as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos – *American Express (Amex)* de 2018 e *Apple v. Pepper* de 2019 – que analisam os denominados “mercados de dois lados” (*two-sided markets*).¹⁶ *Amex* tratou da definição do mercado relevante em mercados “transacionais” de dois lados; e *Apple v. Pepper* da legitimidade e do direito à reparação de danos concorrenciais dos usuários de plataformas de dois lados em face do operador da plataforma.¹⁷

Em linhas gerais, no caso *Amex* a Suprema Corte concluiu que (i) o mercado relevante é um mercado de dois lados fortemente integrado, em que a transação é consumida conjuntamente pelo fornecedor do produto e pelo consumidor final, devendo ser analisada como um todo; (ii) o autor tinha o ônus de provar os efeitos anticompetitivos da conduta nos dois lados da plataforma de modo a permitir a conclusão de que ela seria realmente anticompetitiva. Dessa forma, a definição de mercado relevante considera os dois lados da plataforma como um mercado relevante único para a análise antitruste. No limite isso permitira a conclusão de que tanto os fornecedores, como os consumidores finais são compradores diretos da plataforma de transações.

Por sua vez, *Apple v. Pepper* dá ênfase à doutrina *Illinois Brick* (ou teoria do comprador indireto) e conclui que os consumidores de *apps* de

¹⁶ No presente trabalho, “mercado de dois lados” é utilizado como sinônimo de “plataformas” e “mercado de vários (ou múltiplos) lados”. Na literatura econômica, o mercado de dois lados, fornece, para dois ou mais grupos distintos de participantes, interações que criem valores entre esses grupos. Assim, as condições para um mercado de dois lados são: (i) dois ou mais grupo distinto de consumidores; (ii) externalidades associadas ao fato de dois ou mais grupos estarem conectados ou coordenados de algum modo; e (iii) um intermediário que internalize as externalidades criadas por um grupo ao outro grupo. In EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard The industrial organization of markets with two-sided platforms, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, No. 11603, 2005.

¹⁷ MANNE, Geoffrey and STOUT, Kristian, *The Evolution of Antitrust Doctrine After Ohio v. American Express, and the Apple v. Pepper Decision that Should Have Been* (24.05.2019). Nebraska Law Review (no prelo).

terceiros adquiridos na *App Store*¹⁸ têm legitimidade para processar a Apple em razão de suposto sobrepreço na venda dos *apps* por serem compradores diretos. Logo, se a decisão *Amex* tivesse sido considerada no julgamento de *Pepper*, os usuários de um lado da plataforma que transacionam com os desenvolvedores de *apps* do outro lado da plataforma, diretamente intermediado pela *App Store*, deveriam ser considerados como parte do mesmo mercado relevante para os fins de análise da legitimidade e do direito à reparação por danos concorrenciais. No entanto, a Suprema Corte seguiu outro caminho.¹⁹

Ainda que em *Apple v. Pepper*, a Suprema Corte tenha reconhecido que os usuários finais são compradores diretos (e, conseqüentemente, partes legítimas para entrar com ação de reparação de dano concorrencial), deixou de analisar diversas críticas à doutrina do comprador indireto. Em linhas gerais, a discussão do caso *Apple v. Pepper* além de evidenciar as falhas nessa doutrina, também deixa clara a importância da definição do mercado relevante para análise da legitimidade processual e do direito à reparação.

O caso evidencia o caráter híbrido da teoria do comprador indireto que não só apresenta elementos processuais (como a questão da legitimidade das partes), mas também tem questões materiais intrínsecas (como o direito à reparação e os desafios para a definição de mercado relevante em plataformas digitais, conforme previamente discutido no caso *Ohio v. American Express*²⁰).

Apple v. Pepper transcende o próprio caso e discute a importância da interpretação funcional do direito processual, para além do formalismo jurídico que se encerra na interpretação fria da lei ou de outros precedentes. Nesse caso, é possível questionar inclusive o próprio papel da ação de reparação de danos como uma ferramenta preventiva, reparatória ou repressiva, a depender da escolha do legitimado e da quantificação do dano a ser reparado.

Nos dois casos, buscou-se desenvolver uma abordagem sofisticada para a análise da legitimidade e do direito à reparação de danos

¹⁸ O ecossistema da *App Store* inclui os *apps*, a loja de *apps* (*App Store*), o sistema operacional móvel (iOS) e o fabricante de dispositivos móveis.

¹⁹ HOVENKAMP, Herbert, *Apple v. Pepper: Rationalizing Antitrust's Indirect Purchaser Rule* (14.09.2019). Columbia Law Review Forum 2020 (no prelo); U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 19-27. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3394939>.

²⁰ ESTADOS UNIDOS. *Ohio v. Am. Express Co.*, 138 S. Ct. 2274, 2018 (*Amex*).

concorrenciais (refletidos na teoria do comprador indireto), bem como para a definição de mercado relevante que melhor comporta análises econômicas mais complexas.²¹⁻²² Como será demonstrado abaixo, a teoria do comprador indireto consubstancia os elementos processuais e materiais em uma só regra, não devendo ser analisada apenas sob um desses enfoques.

No tocante à definição do mercado relevante, as plataformas de dois lados apresentam novos arranjos que desafiam o antitruste tradicional. Em linha gerais, de acordo com o conceito de mercados de dois lados definido em *Amex*, os participantes dos dois lados da plataforma são parte do mesmo mercado relevante e a forma com que eles se relacionam com a plataforma está inseparavelmente interligada. Assim, seria possível argumentar que os dois lados teriam legitimidade para requerer a reparação de danos causados pela plataforma.

A partir da decisão de *Amex* ficaria claro que, em *Pepper*, os desenvolvedores e os usuários finais seriam compradores diretos da *App Store* – em produtos diferentes, mas num único mercado inseparavelmente interligado.²³ Nesse sentido, a definição do mercado relevante deveria responder se a comissão (*commission fee*) cobrada pela Apple é paga pelos

²¹ MANNE, Geoffrey and STOUT, Kristian, *The Evolution of Antitrust Doctrine After Ohio v. American Express, and the Apple v. Pepper Decision that Should Have Been* (24.05.2019). Nebraska Law Review (no prelo).

²² Na decisão do caso *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 488, 1977, a Suprema Corte dos Estados Unidos limita o escopo da compensação de danos no âmbito do direito concorrencial à proteção da competição e não dos competidores. Em seguida, na decisão de *ARCO v. USA Petroleum*, 495 U.S. 328, 1990, a Suprema Corte concluiu que a alegação da ocorrência de um dano antitruste deve demonstrar que a parte tem legitimidade, evitando que empresas reclamem desnecessariamente dos efeitos de um mercado competitivo.. *Da análise das decisões Brunswick e ARCO, reconhece-se que os tribunais visam garantir uma atuação preventiva e punitiva das infrações anticoncorrenciais, enquanto o interesse dos litigantes é, em grande parte, reparatório, ou seja, a compensação do dano sofrido em razão da conduta anticoncorrencial. Dessa forma, tanto o elemento processual da legitimidade como o entendimento material da questão concorrencial são necessários para a análise, pois esta depende da demonstração da existência de um prejuízo que envolve a definição do mercado relevante e da relação entre os players desse mercado.*

²³ Nesse sentido, caso *Amex* fosse considerado em *Pepper*, os *players* dois lados do mercado devem ser capazes de quantificar os danos à concorrência, estabelecendo a relação necessária aos dois lados desse mercado.

desenvolvedores dos *apps* ou pelos usuários finais, ou seja, se há repasse (*pass-on*) integral ou parcial do valor da comissão no valor final pago pelo consumidor. Contudo, a Suprema Corte não fundamentou *Apple v. Pepper* com base na decisão de *Amex*.²⁴

Na contramão do precedente *Amex*, em *Apple v. Pepper* a *App Store* é definida como um varejista tradicional e não como uma plataforma de vários lados.²⁵ Mesmo que a literatura trate o varejo como um mercado de dois lados, ou seja, como prestadores de serviços para consumidores finais e fornecedores,²⁶ o posicionamento da Suprema Corte em *Amex*, não corrobora com essa visão.

Desse modo, é possível argumentar que a comissão cobrada pela Apple dos desenvolvedores é um dentre os vários custos de desenvolvimento e distribuição dos *apps*. A análise sobre a possibilidade do repasse da comissão ao consumidor dependerá da natureza da oferta e da demanda. Assim, em princípio, a taxa só seria suportada de forma integral por um grupo (desenvolvedores ou usuários finais) quando a oferta fosse perfeitamente elástica ou inelástica.²⁷ No entanto, na realidade, isso raramente ocorre, o que significa que muito provavelmente, desenvolvedores e usuários finais ratearam o pagamento da taxa.²⁸ Além disso, as características da oferta e da demanda são distintas para cada *app*. Desse

²⁴ O posicionamento da Suprema Corte pode ter sido uma surpresa para alguns, mas para outros é um reflexo dos supostos equívocos e imprecisões econômicas presentes na decisão. Para mais críticas sobre a decisão *Amex*, ver *Antitrust Chronicle*. *Ohio v. American Express: A Year Latter...* In COMPETITION POLICY International, junho 2019, vol. 3 (2).

²⁵ Ainda que a Apple tenha pedido expressamente para a Suprema Corte fazer a analogia com plataformas de dois lados, o argumento não foi considerado, e a Apple foi classificada como um varejista tradicional que vende bens (*apps*) para consumidores em um ponto de venda (*App Store*). Dessa forma, a decisão de *Pepper* elevou a questão de quem compra de quem para o patamar de um problema econômico suficiente para determinar a legitimidade processual e o direito à reparação por danos concorrenciais. Ver MACKOWSKI, Martin; NARY, Rob; VINAYEK, Shaina. *Apple Inc v. Pepper: Online App Stores Are Retailers Whether or Not They Are Platforms*. Antitrust Source, agosto de 2019.

²⁶ ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, Varejo e Infrações à Ordem Econômica*. Editora Singular, 2017.

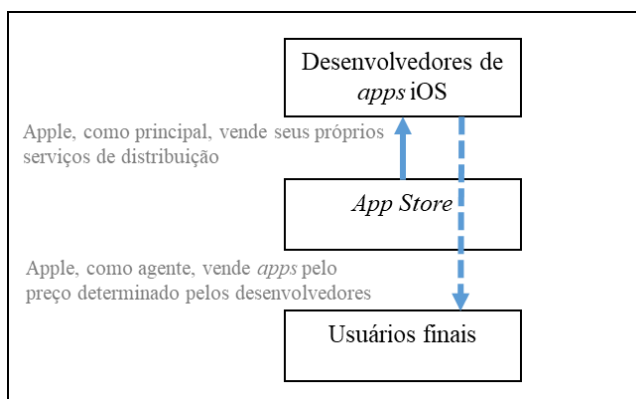
²⁷ Se a oferta for perfeitamente inelástica, os desenvolvedores pagam integralmente a taxa. Por sua vez, se a oferta for perfeitamente elástica, os usuários finais pagam toda a taxa.

²⁸ Essa conclusão cria uma presunção em favor da ocorrência do repasse aos consumidores indiretos.

modo, o eventual rateio entre usuários e desenvolvedores não será fixo a depender do caso específico.

Os acontecimentos de *Apple v. Pepper* são mais complexos que os de *Illinois Brick* e ilustram as dificuldades que os tribunais têm enfrentado em relação aos compradores indiretos (*indirect purchasers*) diante das complexidades dos novos mercados digitais. Em *Apple v. Pepper*, diferentemente de *Illinois Brick*, os usuários finais comparam apps diretamente da Apple, ou seja, não há nenhum intermediário clássico na cadeia de distribuição entre a Apple e o consumidor final.²⁹ Nesse sentido, a Suprema Corte decidiu, por maioria, que os consumidores que supostamente pagaram um sobrepreço na compra de apps na App Store podem processar a Apple porque são seus compradores diretos (*direct purchasers*), conforme fluxograma abaixo.

Fluxo de transações da App Store – mercado de varejo



Fonte: Elaboração dos autores conforme descrito por SANDROCK, Ryan M. *Apple v. Pepper and the Future of the Direct Purchaser*, 2019.

Dessa forma, *Apple v. Pepper* anulou *Ticketmaster sub silentio* e não endereçou muitas das críticas de *Hanover Shoe* e *Illinois Brick*, ao criar uma regra segundo a qual quem paga diretamente ao réu deve ser

²⁹ HOVENKAMP, Herbert, *Apple v. Pepper*, 2019.

considerado o comprador direto.³⁰ Dentre as principais questões não endereçadas por *Apple v. Pepper*, destacam-se: a inconsistência da decisão (assim como ocorreu em *Illinois Brick*) com o *Clayton Act*, que legitima qualquer pessoa que for prejudicada em seu negócio ou propriedade por uma infração anticoncorrencial a pedir reparação; o pessimismo exagerado em relação às técnicas de mensuração do dano do comprador indireto, do repasse e da perda do volume de vendas; o direito a danos emergentes restrito aos compradores diretos; e a possibilidade de manipulação da regra em cadeias de distribuição complexas.

Diante desse cenário, a solução mais adequada aos problemas associados à decisão *Illinois Brick* parece passar pelo respeito à previsão legal de que qualquer pessoa que for prejudicada terá legitimidade e direito à indenização.³¹ Os compradores finais – que não podem repassar (*pass-on*) os valores – devem ser reparados pelos danos emergentes enquanto os intermediários, incluindo os compradores diretos, devem ser reparados pelos lucros cessantes, que representam os danos sofridos por sobrepreço e pela perda de vendas que sempre acompanham uma infração anticoncorrencial.

3. A tutela reparatória dos danos concorrenciais no Brasil

No Brasil, o art. 47 da Lei de Defesa da Concorrência ao se referir a “prejudicados”, não faz qualquer ressalva ou distinção entre compradores diretos ou indiretos. Considerando que a legitimidade ordinária é concedida ao titular do direito, nos termos do art. 18 do Código de Processo Civil, e que compradores indiretos são prejudicados por infrações à ordem econômica devido ao repasse do sobrepreço (*offensive pass-on*), a questão é saber se esse prejuízo dá ensejo ao direito de ser indenizado. Reconhecido esse direito, sem que haja qualquer regra especial em sentido diverso, torna-se lógica a conclusão de que não há suporte jurídico para que se aplique no Brasil a limitação da legitimidade do comprador indireto (*offensive pass-on*).

O entendimento contrário apenas seria possível caso se reconhecesse que o comprador indireto não sofre prejuízo indenizável. Não fosse assim, haveria a exclusão da possibilidade de o comprador indireto

³⁰ *Idem ibidem*.

³¹ *Idem ibidem*.

levar à apreciação do Poder Judiciário lesão a direito que sofreu, solução que violaria frontalmente o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Diante disso, o principal argumento em favor da ilegitimidade é o de que o comprador indireto não teria direito à indenização porque o prejuízo sofrido por ele não seria efeito direto e imediato da infração à ordem econômica, conforme disposto no art. 403 do Código Civil.

A partir desse dispositivo, conforme explica André Marques Francisco, a doutrina e a jurisprudência costumam negar a possibilidade de indenização do “dano remoto”, mas não do “dano indireto”, que tem “na ação ou omissão sua causa direta e imediata, [mas] não se apresenta como a primeira manifestação do prejuízo causado pelo ilícito”.³² Assim, para que o dano sofrido por compradores indiretos seja reconhecido como fundamento para o direito de indenização perante o infrator, tendo legitimidade para pedi-lo em juízo, é necessário que haja uma correlação entre a infração à ordem econômica e o dano.³³ Essa correlação, identificada pela doutrina, no âmbito da responsabilidade civil, como nexos causal, está presente no caso dos compradores indiretos: o dano, caracterizado pelo preço a maior pago pelo comprador indireto, é causado pelo sobrepreço praticado pelo infrator.³⁴ Desse modo, é possível afirmar que o direito brasileiro reconhece o repasse como fundamento para a reparação de compradores indiretos e para sua legitimidade de agir (*offensive pass-on*).

Outra questão diz respeito à possibilidade de o repasse ser utilizado pelo infrator como defesa, com o objetivo de reduzir o valor do dano a ser pago ao comprador direto (*passing-on defence*). Nesse sentido, a doutrina tem entendido, com fundamento no art. 944 do Código Civil (que prevê que “a indenização se mede pela extensão do dano”), que o repasse como defesa é admissível no direito brasileiro.³⁵ Esse entendimento também já foi

³² FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade civil por infração da ordem econômica. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 97.

³³ *Idem ibidem*, p. 98.

³⁴ *Idem ibidem*, pp. 98-99. O nexo de causalidade relaciona-se à necessidade de demonstração de que a conduta anticompetitiva foi a causa dos efeitos verificados e ensejadores do dano. *Idem ibidem*, pp. 98-99.

³⁵ CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil, 2016, p. 158.

manifestado, em *obiter dictum*, em julgamento de demanda reparatória por infração à ordem econômica pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Não se pode deixar de considerar ainda que os prejuízos sustentados pela apelante em razão do elevado valor dos fretes não se apresentaram evidentes, não se configurando desarrazoada a hipótese de tê-los repassado ao consumidor, consoante bem exposto na respeitável sentença impugnada (fls. 718).

Com efeito, porque reduzida a margem de lucro, em razão da elevação do custo final do produto, tudo indica que foram os consumidores que arcaram com o aumento do preço”.³⁶ (grifo nosso)

A possibilidade de utilização do repasse como defesa, por sua vez, também reforça a legitimidade do comprador indireto em decorrência da vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884, o Código Civil).³⁷ Afinal, caso seja admitida essa defesa, mas não a legitimidade do comprador indireto, o ordenamento jurídico efetivamente legitimaria o enriquecimento ilícito daquele que cometeu a infração à ordem econômica: o prejuízo a ser indenizado, quando houvesse repasse pelo comprador direto ao longo da cadeia produtiva, representaria necessariamente um valor inferior ao sobrepreço cobrado pelo infrator. Essa solução tutelar, ainda que de maneira indireta, um “direito” do infrator a parcela do lucro obtido com a conduta anticompetitiva.

Em suma, no direito brasileiro, ao menos em relação aos danos materiais, prevalece a função compensatória, fazendo com que a reparação esteja associada à extensão do dano.³⁸ Desse modo, o cálculo dos danos sofridos pelos compradores diretos e pelos demais compradores indiretos, até chegar ao consumidor final, deve levar em conta o percentual de repasse ao longo de cada nível da cadeia produtiva. Seguindo essa linha, o Guia Prático SEPRAC para cálculo de danos em cartel, editado em 2018 pelo Ministério da Fazenda, trouxe técnicas quantitativas para a mensuração de sobrepreço e repasse (*pass-on*) com o objetivo de equilibrar a atuação compensatória e dissuasiva das multas.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0149141-75.2009.8.26.0100 – SP (0149141-75.2009.8.26.0100). Relator: Milton Paulo de Carvalho Filho, São Paulo, SP, 31 de outubro de 2012, p. 6.

³⁷ FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade Civil, 2014, p. 96; CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil, 2016, p. 158.

³⁸ CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil, 2016, pp. 161-162.

A correta compreensão das consequências do repasse para a reparação depende da análise das espécies de danos causados pelas infrações à ordem econômica. Independentemente das diferentes posições ocupadas pelos prejudicados em relação às infrações, os danos individuais a que estão sujeitos podem ser classificados, fundamentalmente, em duas espécies típicas: danos emergentes e lucros cessantes.

Os danos emergentes consistem em diminuição patrimonial sofrida pela vítima.³⁹ No direito concorrencial, eles costumam ser vistos como uma consequência da alteração artificial do preço ou da qualidade do produto,⁴⁰ provocada pela infração, sendo equivalente ao enriquecimento dos infratores em detrimento dos prejudicados.⁴¹ Apesar de os exemplos mais comuns envolverem condutas colusivas, esses danos também se verificam nas condutas unilaterais decorrentes de abuso de posição dominante.⁴² Ainda que a forma mais óbvia de diminuição patrimonial seja aquela em que a vítima paga mais por causa da infração, em decorrência do subpreço, a mesma ideia se aplica quando a vítima recebe menos.

Os lucros cessantes, por sua vez, decorrem da redução no volume de vendas e podem atingir compradores, vendedores e competidores do infrator, a depender da conduta causadora. Nos casos em que a infração tem por objetivo precípua elevar artificialmente o preço do produto, os lucros cessantes podem ser uma consequência do repasse do sobrepreço ao longo da cadeia produtiva: o aumento de preço resultará em uma queda da demanda e na consequente redução do volume de vendas.⁴³ Nesses casos, o valor dos lucros cessantes tende a se relacionar com o percentual de repasse: ao longo da cadeia produtiva, é provável que os compradores diretos ou indiretos, caso sejam capazes de repassar um percentual maior do sobrepreço, tenham uma perda de volume correspondente.⁴⁴ Não há, porém, uma relação fixa entre o

³⁹ MIRANDA, Pontes de. Tratado Direito Privado: parte especial, Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies; Fontes e espécies de obrigações. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958, p. 213.

⁴⁰ FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade Civil, 2014, p. 81.

⁴¹ DAVIS, Peter J.; GARCÉS, Eliana. *Quantitative techniques for competition and antitrust analysis*. New Jersey: Princeton University Press, 2010, p. 349.

⁴² *Idem ibidem*, p. 378.

⁴³ HOVENKAMP, Herbert J. *Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United State*. University of Iowa Legal Studies Research Paper, fev. 2011.

⁴⁴ A possibilidade de repasse deve ser analisada à luz do caso concreto. Como explica Hovenkamp: “*In sum, not only are passing on problems very complex, they are also*

percentual de repasse e o percentual de redução no volume das vendas: ambos os percentuais são influenciados por diversas características do mercado que serão determinantes para o estabelecimento do cenário hipotético necessário para a quantificação do dano.

Outro aspecto fundamental a impactar na questão do repasse é a distribuição do ônus da prova quando ele é alegado: em outras palavras quem deve comprovar a ocorrência de repasse para que ele seja reconhecido. Na falta de outras regras específicas a respeito do tema, se aplica aqui o art. 373, CPC: “o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. A partir dessa regra, o consumidor indireto seria responsável por provar o repasse quando estivesse pedindo a reparação de danos em decorrência dele (*offensive pass-on*); e o infrator seria responsável por provar o repasse quando estivesse alegando-o como defesa contra o comprador direto (*passing-on defence*). A última dessas conclusões é expressamente reforçada pela proposta de alteração do art. 47 da Lei 12.529/2011, formulada no Projeto de Lei nº 11.275/2018 (PLS 283/2016)⁴⁵, o § 4º acrescido ao art. 47 dispõe que “não se presume o repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas no art. 36, § 3º, incisos I e II, cabendo a prova ao réu que o alegar”. Em outras palavras, é do réu o ônus da prova quando quiser se valer da *passing-on defence*.

4. A finalidade da ação de reparação de danos anticoncorrenciais

Como é possível perceber, a ação de reparação de danos concorrenciais pode funcionar como uma ferramenta preponderantemente compensatória ou preponderantemente repressiva (e, conseqüentemente, preventiva). Ainda que, de modo geral, a função compensatória favoreça as funções preventiva e repressiva da reparação, há casos em que elas podem entrar em conflito. Essa tensão entre compensação e repressão-prevenção⁴⁶

quite specific to the situation. In some cases everything is passed on. In other cases nothing is”. In HOVENKAMP, Herbert J. Quantification of Harm, 201, p. 8.

⁴⁵ O Projeto de Lei nº 11.275/2018 foi distribuído para CDEICS e CCJC, onde tramita com prioridade.

⁴⁶ Analisando esses dois aspectos, especificamente quanto ao direito antitruste, ver CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil, 2016, pp. 67-75.

se manifesta claramente em relação à admissão do repasse do sobrepreço pelo prejudicado como matéria de defesa (*passing-on defence*).⁴⁷

A capacidade do comprador direto de realizar o repasse e, portanto, o *quantum* do dano sofrido por ele ou por seus consumidores (compradores indiretos), depende de diversos fatores, como a elasticidade da oferta e da demanda, o número de compradores diretos e sua respectiva participação de mercado.⁴⁸ Assim, as demandas reparatórias propostas pelos compradores indiretos, por reclamarem o cálculo do repasse, são mais adequadas à função compensatória; mas, como aumentam a complexidade informacional do processo e criam o risco de multiplicação de demandas, colocam em xeque as funções repressiva e preventiva.⁴⁹

Por causa disso, parcela da doutrina sugere que permitir a reparação de compradores indiretos (e, conseqüentemente, reconhecer sua legitimidade para reclamá-la em juízo), retardaria o *private enforcement* do direito concorrencial.⁵⁰ Nessa perspectiva, entende-se que tanto no caso em que a existência de repasse é utilizada como forma de defesa pelos infratores – pretendendo demonstrar a redução do prejuízo sofrido pelo comprador direto – quanto no caso em que ela é utilizada pelos compradores indiretos – para justificar seu direito à reparação – criam-se incertezas e dificuldades significativas no âmbito do processo judicial. É sob esse fundamento que tal

⁴⁷ HOVENKAMP, Herbert J. Quantification of Harm, 2011, pp. 2-5.

⁴⁸ *Idem ibidem*, p. 9.

⁴⁹ Nesse sentido, explicam Verboven e Van Dijk: “two key policy questions are whether a passing-on defense against direct purchasers should be allowed and whether final consumers (or other indirect purchasers) should have legal standing to obtain compensation. The policy maker must trade off economically sound compensation of the affected parties and liability of the defendant against informational simplicity. The option of no passing-on defense and no legal standing of final consumers has the advantage of informational simplicity. [...] However, it implies incorrect compensation of the affected parties and insufficient liability since the output effect is ignored. In contrast, the alternative option of an adjusted passing-on defense and legal standing of final consumers is more in line with correct compensation and liability. Our analysis suggests that the informational requirements for this alternative option are not insurmountable” In VERBOVEN, Frank; VAN DIJK, Theon. *Cartel Damages Claims and the Passing-on Defense*. The Journal of Industrial Economics, v.57, n.3, p. 457-491, set. 2009, p. 487.

⁵⁰ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *Should indirect purchasers have standing to sue under the Antitrust Laws? An economic analysis of the rule of Illinois Brick*. University of Chicago Law Review, Chicago, n.46, 1979, pp. 602-635.

possibilidade foi limitada no direito norte-americano – um problema que se tornou mais evidente à luz das decisões tomadas em *Ticketmaster*, *Amex* e *Pepper*.

Deve-se notar que, quando a solução adotada é a oposta àquela do direito norte-americano, permitindo-se a propositura de demandas por compradores indiretos, também é frequente que se reconheça o direito dos infratores de alegar o repasse do prejuízo aos compradores indiretos como defesa para reduzir o *quantum* indenizatório devido ao comprador direto (*passing-on defence*).⁵¹

É precisamente esse o argumento que pode ser utilizado para se defender, com fundamento na função compensatória da reparação, que se considere o repasse na quantificação dos danos. Isso não significa, porém, que há uma necessidade jurídica de que o *offensive pass-on* e a *passing-on defence* sejam concomitantemente adotados ou refutados pelo sistema jurídico. No limite, caso se desejasse ampliar o caráter dissuasório da ação de reparação de danos concorrenciais, seria possível permitir o uso ofensivo do repasse pelos compradores indiretos para demandar contra o infrator (*offensive pass-on*), mas vedar a sua utilização como defesa pelo infrator contra compradores diretos (*passing-on defence*). A consequência seria que os compradores diretos receberiam o valor total do sobrepreço e os compradores indiretos receberiam o percentual correspondente ao que foi repassado: haveria sobreposição entre o *quantum* do dano atribuído a cada um deles, superando significativamente o benefício obtido pelo infrator e, consequentemente, ampliando as funções repressiva e preventiva. O reforço dessas funções, aliás, é evidente no Projeto de Lei nº 11.275/2018 (PLS nº 283/2016), ao permitir, em determinados casos, que a reparação do dano seja em dobro.

5. Considerações finais

A construção de uma cultura do *private enforcement* no Brasil depende do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial de diversos temas. Entre os mais relevantes está o tratamento a ser conferido para o repasse do sobrepreço ao longo da cadeia produtiva nas demandas reparatórias, tanto

⁵¹ WALLE, Simon Vande. *Private Antitrust Litigation in European Union and in Japan: a comparative perspective*. Antwerpen, Apeldoorn: Maklu, 2013, p. 175.

sob a perspectiva de seu uso “ofensivo” por parte de compradores indiretos, como no seu uso defensivo por infratores contra compradores diretos.

Este artigo pretendeu contribuir para a reflexão quanto ao tema examinando (i) os complexos precedentes existentes no direito norte-americano, onde a questão do repasse foi primeiramente analisada, bem como (ii) as características do direito brasileiro e (iii) as funções das ações de reparação. Essa análise permitiu que fossem alcançadas as seguintes conclusões:

1. A possibilidade de utilização do repasse como fundamento para a reparação de compradores indiretos contra infratores (*offensive pass-on*), não implica a possibilidade de utilização do repasse como fundamento para a defesa de infratores contra compradores diretos (*passing-on defence*).

2. O estabelecimento das situações em que houve repasse e, especialmente, a classificação de agentes econômicos como compradores diretos ou indiretos depende da definição do mercado relevante, em especial no contexto do mercado digital.

3. O direito brasileiro não permite a vedação ao uso ofensivo do repasse, negando legitimidade ao comprador indireto, porque isso importaria violação à garantia fundamental prevista no art. 5º, XXXV, CF.

4. O direito brasileiro, a princípio, permite a utilização do repasse como defesa por parte do infrator, mas tal solução decorre exclusivamente de opção legislativa.

5. A distinção entre danos emergentes e lucros cessantes decorrentes do repasse é fundamental para a correta compreensão do dano que é provocado ao longo da cadeia produtiva.

6. O ônus da prova na alegação de repasse cabe, aos compradores indiretos nas demandas destes contra infratores; aos infratores, quando estão se defendendo contra compradores diretos.

Referências bibliográficas

AGRA JÚNIOR, Walter. Ações de reparação civil no direito antitruste brasileiro. Apresentação no Seminário Internacional de Defesa da Concorrência do IBRAC, 24-26.10.2018.

ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, Varejo e Infrações à Ordem Econômica*. Editora Singular, 2017.

CAMARGO GOMES, Adriano. *Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica* (tese de doutorado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

COMPETITION POLICY INTERNATIONAL, *Antitrust Chronicle. Ohio v. American Express: A Year Later...*, junho 2019, Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-chronicle-ohio-v-american-express-a-year-later/>

_____. *Antitrust Chronicle – Private Enforcement*, fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-chronicle-private-enforcement/>

EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard *The industrial organization of markets with two-sided platforms*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, No. 11603, 2005.

FRANCISCO, André Marques. *Responsabilidade civil por infração da ordem econômica*. 256 p. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

HOVENKAMP, Herbert, *Apple v. Pepper: Rationalizing Antitrust's Indirect Purchaser Rule* (14.09.2019). Columbia Law Review Forum 2020 (no prelo); U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 19-27. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3394939>.

_____. *Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United State*. University of Iowa Legal Studies Research Paper, fev. 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract1758751>.

KESKE, Sonja E. *Group Litigation in European Competition Law - A Law and Economics Perspective*. 2009. 340 p. Tese (Doutorado), Erasmus Universiteit Rotterdam, Tübingen, 2009, p. 56

MACKOWSKI, Martin; NARY, Rob; VINAYEK, Shaina. *Apple Inc v. Pepper: Online App Stores Are Retailers Whether or Not They Are Platforms*. Antitrust Source, agosto de 2019. Disponível em: <https://m.crowell.com/files/201908-apple-inc-v-pepper-online-app-stores-are-retailers-whether-or-not-they-are-platforms.pdf>.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Should indirect purchasers have standing to sue under the Antitrust Laws? An economic analysis of the rule of Illinois Brick. University of Chicago Law Review, Chicago, n.46, 1979. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/>

MANNE, Geoffrey and STOUT, Kristian, *The Evolution of Antitrust Doctrine After Ohio v. American Express, and the Apple v. Pepper Decision that Should Have Been* (24.05.2019). Nebraska Law Review (no prelo). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3393873>.viewcontent.cgi?article=2549&context=journal_articles. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 604.

SANDROCK, Ryan M. *Apple v. Pepper and the Future of the Direct Purchaser Enforcement Regime. Antitrust*, Vol. 33. No. 2, Spring 2019. Disponível em: <https://www.sidley.com/-/media/publications/spring19sandrockc.pdf>.

VERBOVEN, Frank; VAN DIJK, Theon. Cartel Damages Claims and the Passing-on Defense. The Journal of Industrial Economics, v.57, n.3, p. 457-491, set. 2009.

WALLE, Simon Vande. Private Antitrust Litigation in European Union and in Japan: a comparative perspective. Antwerpen, Apeldoorn: Maklu, 2013, p. 255.

Jurisprudência

Estados Unidos

- *Apple, Inc. v. Pepper*, 139 S. Ct. 1514 (2019)
- *Illinois Brick Co. v. Illinois* 431 U.S. 720 (1977)
- *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968)
- *California v. ARC Amer. Corp.*, 490 U.A. 93 (1989)
- *Campos v. Ticketmaster Corp.*, 140 F. 3d 1166 (8th Circ. 1998)
- *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 488 (1977)
- *ARCO v. USA Petroleum*, 495 U.S. 328 (1990)

Brasil

- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0149141-75.2009.8.26.0100 – SP (0149141-75.2009.8.26.0100). Relator: Milton Paulo de Carvalho Filho, São Paulo, SP, 31 de outubro de 2012.